

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GERSON LUIS DE ALMEIDA LOBO

ÉTICA, PRISÃO MODERNA E UTILITARISMO CLÁSSICO E CONTEMPORÂNEO

CURITIBA

2015

GERSON LUIS DE ALMEIDA LOBO

ÉTICA, PRISÃO MODERNA E UTILITARISMO CLÁSSICO E CONTEMPORÂNEO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino

CURITIBA

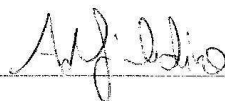
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

GERSON LUIS DE ALMEIDA LOBO

ÉTICA, PRISÃO E UTILITARISMO CLÁSSICO E CONTEMPORÂNEO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Orientador

Coorientador



CLARA MARIA ROMAN BORGES - *Direito Penal e
Processual Penal*
Primeiro Membro



FLÁVIO BORTOLOZZI JÚNIOR
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

À minha mãe e ao meu pai, que vieram de carona de caminhão para Curitiba. Chegar até aqui é uma pequena mudança na ordem natural da vida que é imposta a gente como nós e tudo isso se deve a eles. Ainda à minha irmã e ao meu irmão.

Aos amigos e amigas de ontem, hoje e sempre: Alfredo Weiler, André Cunha, Elaine Culig, Manu Samila, Pedro de Perdigão, Luis Machado e Ricardo Kunzel. Foi bom contar com vocês mais uma vez.

Àqueles e àquelas cuja convivência tornou a faculdade suportável: Eliezer Freitas, Gabi Portella, Maria Fernanda Loureiro, Ricardo Azuma, Washington Sigolo e William Cavalli, pessoas das quais tive a sorte de ser colega de turma e me tornei amigo. Também a quem felizmente conheci ao longo do curso e quero manter contato fora dele: Carol Luz, Estela Basso, Emanuel Negrão, Geovani Valente, Letícia Romero, Matheus Bolsi, Miltom Wagner, Pedro Schneider e Vitor Muller.

Aos até aqui citados, peço desculpas se não consegui, ao longo dos últimos anos, ser tão próximo quanto gostaria.

Ao Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino, que se disponibilizou a orientar o presente trabalho e cuja tese de sua autoria forneceu um substrato fundamental.

Ao grupo PET, pelos conhecimentos com que tive contato e pelos membros que ajudaram na minha pesquisa com críticas e sugestões. Ao prof. Dr. Luis Fernando Pereira Lopes e à prof.^a Dr.^aEneida Desiree Salgado, responsáveis pela tutoria nos anos em que participei.

À Prof.^a Dr.^a. Priscilla Placha Sá, por ter despertado meu interesse pela temática e oportunizado meus primeiros contatos com ela fornecendo material e esclarecendo dúvidas. Ao Prof. Dr. Ricardo Pazello, ao Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel e à Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri, pela gentileza que demonstraram quando conversamos dentro e fora da sala de aula.

A todos e todas que praticam pirataria para fins sociais e acadêmicos, contribuição que foi importante para que eu tivesse acesso a parte dos conteúdos que permitiram a elaboração dessa monografia.

Por fim, a Deus, pois minha existência não teria sentido sem conhecê-lo.

RESUMO

A filosofia utilitarista contribuiu, em alguma medida, para a afirmação da prisão como a conhecemos hoje. Este trabalho procura em que medida e como se deu tal processo, fazendo, primeiramente, uma síntese histórica do surgimento dos modelos contemporâneos de prisão no contexto ocidental, tomando como ponto de partida o período de afirmação do Estado Moderno e do capitalismo (considerando como o tal os séculos XII e seguintes e XVI e seguintes, respectivamente) e dando destaque para o papel desempenhado pela corrente filosófica utilitarista clássica nesse processo. Depois disso, busca refletir sobre as transformações da instituição carcerária e da ética por trás da punição até o presente, visitando o conceito do Panóptico de Bentham. Analisa ainda, brevemente, as mudanças legislativas e materiais ocorridas na legislação criminal do Brasil nos últimos séculos. Por fim, objetiva criticar o sistema prisional a partir de uma releitura dos autores utilitaristas clássicos (Jeremy Bentham, John Stuart Mill e John Austin) e das formulações dos utilitaristas contemporâneos - R. M. Hare (utilitarismo de dois níveis e prescritivismo universal) e Peter Singer (igual consideração de interesses).

Palavras chave: Prisão e sistema prisional, Jeremy Bentham, Peter Singer, R. M. Hare, Utilitarismo.

Keywords: Prison and penitentiary system, Jeremy Bentham, Peter Singer, R. M. Hare, utilitarianism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. OS AFLUENTES DA PRISÃO CONTEMPORÂNEA.....	13
3. DO UTILITARISMO BENTHAMINIANO EM DIANTE: A SOCIEDADE DO PANOPTISMO.....	23
4. UMA SÍNTESE DA PUNIÇÃO MODERNA NO BRASIL (E ALGUNS INDICATIVOS SOBRE O PANOPTISMO HOJE).....	31
5. OS OBSTÁCULOS ÉTICOS DA PRISÃO (E DO CONTROLE) NA CONTEMPORANEIDADE.....	37
6. CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

Presenciar uma discussão a respeito da questão da segurança pública em espaços leigos ou ver o modo como ela é tratada pelos grandes veículos midiáticos é curioso: a prisão e pena privativa de liberdade geralmente são apontadas como a resposta natural para qualquer comportamento que ofereça risco ou dano real a algum bem jurídico (por mais abstrato que por vezes seja o significado concreto desse conceito). Além disso, é recorrente, no meio jurídico, a questionável crença no direito contemporâneo como ponto máximo do desenvolvimento da ciência jurídica (FONSECA, 2009, p. 23).

Entretanto, há fatos que, dispensando qualquer reflexão mais profunda, nos levam a questionar a efetividade da privação de liberdade em nome da sensação de segurança e aeticidade de se insistir nessa espécie de medida: no Brasil há mais de 615 mil pessoas presas – o dobro do que 10 anos atrás (VELASCO, D'AGOSTINO E REIS, 2015) – além de inúmeras outras afetadas de modo menos vertical, mas também danoso, pela existência do cárcere (familiares dos detentos/as que são privados de sua convivência e expostos a humilhações para visitá-los/as; agentes penitenciários e policiais que trabalham submetidos a uma relação de tensão constante com os internos; vítimas dos crimes, que tem seus interesses ignorados e são instrumentalizadas com o único fim de punir o réu); 39% desses presos são provisórios e, portanto, não possuem sentença definitiva, sendo potencialmente inocentes (VELASCO, D'AGOSTINO E REIS, 2015); as condições da maioria dos cárceres no Brasil são notadamente inumanas por conta de sua superlotação e insalubridade (HUMAN RIGHTS WATCH, 2014).

Diante da contundência desses dados, é possível afirmar que o debate da punição está, sem dúvida, inserida no campo da ética, e trazer à luz esse tema diante da realidade que se conhece em nosso país se torna, mais do que qualquer

coisa, um imperativo ético para aqueles que não consideram a imposição da dor da pena¹ um sinônimo de justiça.

Frente a isso, estudar o castigo oficial é uma questão não só atual e relevante, mas urgente. A emergência provocada pela expansão sem precedentes da prisão não constitui, contudo, uma exceção no contexto latino-americano, fato que despertou o pensar crítico de diversos estudiosos, dentre os quais Zaffaroni (2001, p. 12 e segs.), que procurou analisar o *ogest* de perda da sensação de segurança demonstrando que o sistema penal, se observado principalmente neste continente, seria indefensável, tamanho o distanciamento entre seu discurso legitimador e sua prática. Ainda assim, ele se sustentaria diante da negação dessa crise por diversos mecanismos (que, colateralmente, apontariam para os motivos reais da subsistência do cárcere).

Apesar da crise apontada por Zaffaroni, a naturalização da punição por parte do Estado conduziu a esse ponto em que ela é frequentemente exaltada como panaceia para os mais diversos problemas que orbitam a temática da segurança pública², tendo, neste sentido, se tornado um notável vetor do populismo (cf. com BATISTA, V. M., 2011, p. 100 e GOMES, 2014).

Sob um prisma mais jurídico, essa hipertrofia do sistema penal vai de encontro ao seu fundamento essencialmente declarado – a proteção do bem jurídico subsidiariamente em relação a qualquer outra medida menos danosa (SANTOS, 2008, p. 5 e segs.) – e se aproxima, mais a mais, de uma vingança oficializada pelas regras do direito.

Vingança, aliás, é um termo que remete a outras tratativas que as sociedades ocidentais já ofereceram a comportamentos socialmente considerados ofensivos, conduzindo a uma abordagem historiográfica desse objeto, também porque o primeiro passo para criticar uma instituição que, como a prisão, adquiriu uma aura de “universalismo a-histórico”³ (MIAILLE, 2005, p. 53), é expor, mais do

¹ Pois a pena tem um conteúdo aflitivo em seu núcleo, ainda que este não seja o objetivo da ação punitiva. Cf. com Santos (2005, p. 3 e segs.), Hulsman (1997, p. 26) e Foucault (1999b, p. 15).

² Quer dizer, criminalizar determinada conduta ou endurecer uma pena passa a ser a solução primeira para questões nessa seara.

³ Conceito definido pelo autor francês como “[...] o efeito pelo qual, tornando-se as “ideias” explicação de tudo, elas se destacam pouco a pouco do contexto geográfico e histórico no qual foram efetivamente produzidas e constituem um conjunto de noções universalmente válidas (universalismo),

que as continuidades, as rupturas que conduziram ao quadro do presente (FONSECA, 2009, p. 23).

Assim, por exemplo, veja-se a primitiva justiça germânica pré-medieval descrita por Michel Foucault (1999a, pp. 56-57), dentro do qual a retaliação era praticada. O sistema germânico primava, todavia, pela transação entre contendores, o que também ocorria na medieval (FOUCAULT, 1999a, pp. 57 e segs.), mas não existe em nossa justiça penal (ou existe de forma muito restrita). Em outra relativização importante, Anitua (2008, p. 39) cita a posição da corrente abolicionista contemporânea, de que a substituição do modelo medieval (predominantemente horizontal e negociado) pelo moderno (vertical e punitivo) provocou mais violência do que antes – e não uma diminuição frequentemente apregoada pelo discurso hobbesiano de legitimação do poder soberano, que também se aplica à justiça penal.

A transição, com suas consideráveis transformações, entre esses dois paradigmas de resolução de conflitos no contexto ocidental citados, um do passado distante, outro do presente (ou do passado mais recente) – é o objeto primeiro desta monografia, conforme se observará nos dois primeiros capítulos. É preciso compreender, porém, que a intenção aqui é mais filosófica do que historiográfica, sendo que se objetivou trabalhar de modo fluido com essas duas áreas do conhecimento para facilitar a compreensão de algo mais amplo: a filosofia-base que se oferece como substrato para a punição legal na contemporaneidade.

Neste sentido, é importante lembrar que a ideia de vingança permeia o pensamento sobre pena há tempos, já que a retribuição do dano causado é, historicamente, um dos horizontes de fundamentação da punição (sendo a prevenção, objetivo do presente estudo, geralmente considerada outra matriz de justificação⁴).

sem intervenção de uma história verdadeira (não história). O pensamento idealista torna-se um fenômeno em si alimentando-se da sua própria produção. Os termos tornam-se então “abstratos”, a ponto de deixarem de pertencer à sociedade que os produziu [para] exprimir a razão pura, a racionalidade universal. Assim acontece, por exemplo, com o próprio direito.” (MIAILLE, 2005, p. 53)

⁴ O sociólogo Claude Faugeron (1995 apud WACQUANT, 2001b, p. 403) oferece outro tipo de classificação e aponta três tipos de aprisionamento: para segurança, destinado aos indivíduos considerados perigosos; para diferenciação, destinado às categorias sociais indesejadas; e para

A respeito do retributivismo, Giamberardino (2014, p. 52) aponta para o advento da filosofia idealista ocidental kantiana como sua primeira linha de abordagem. Em Kant, a liberdade humana residiria no imperativo categórico (BITTAR, 2005, p. 282) – o ideal de que se deveria agir de tal forma que determinada conduta pudesse ser repetida por todos – sendo que a pena reequilibraria as coisas quando esse dever fosse violado.

Esse tipo de ideia já foi amplamente criticado por diversos estudiosos, dentre os quais Roxin (1986, p.17-19), para quem a pena retributiva não seria defensável, pois demandaria a punição independentemente da culpa do autor ou do desejo da vítima, pressuporia a liberdade de vontade, indemonstrável, e, mais importante, apoiaria a ideia de compensação de um mal por outro mal.

Embora a linha retributivista tenha apresentado novos argumentos ao longo do tempo, os pontos citados por Roxin, principalmente o último, parecem suficientemente contundentes para que se passe, então, o foco da crítica que será desenvolvida nos capítulos seguintes para as justificativas prevencionistas, que em boa medida, triunfaram em relação aos primeiros⁵ (GIAMBERARDINO, 2014, p. 50).

Por fim, algumas considerações metodológicas: a escolha pela filosofia justifica-se porque os fundamentos últimos do direito (de punir, no caso) encontram-se nessa esfera (BARATTA, 2011, p. 11). Optou-se pelos vieses utilitaristas – em plural, já que são muitos - pois se pode dizer que os sistemas jurídicos punitivos funcionam, em última instância, a partir de um cálculo de utilidade (vide nota nº 5), e, como se buscará demonstrar em seguida, há uma ligação estreita entre utilitarismo clássico e sistema prisional. Procurar-se-á, portanto, esclarecer a ética por trás desse elo e contrapô-la a uma revisão, bem como a correntes éticas do utilitarismo contemporâneo.

autoridade, que buscaria reafirmar os poderes estatais. A atenção dada à classificação filosófica é preferida por parecer mais essencial e adequada aos objetivos aqui propostos do que esta.

⁵ Giamberardino (2011, p. 50) afirma que “[...] o discurso hegemônico no âmbito do penalismo moderno é eminentemente utilitarista e reduz a preocupação com questões de justiça estritamente à forma do princípio da proporcionalidade [...]”. É também o que Peluso (2007, p. 13 e segs.) defende, pois, de acordo com este autor, entende-se, nas discussões contemporâneas no campo da teoria do direito, a imposição de punição é o que garante a subserviência dos sujeitos a um determinado sistema jurídico.

Além disso, este trabalho orienta-se da mesma forma que propõe Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 215): objetivando analisar o pensamento penal em sua dialética com o pensamento geral e com as variáveis socioeconômicas sobre as quais ambos estão inseridos – sem que isto recaia num determinismo justificador de determinada estrutura de poder, porque, na mesma medida em que uma ideologia (entendida, conforme a proposta desses autores, em sentido não-pejorativo, como sistema de ideias) justifica determinado arranjo social, ela pode ser interpretada para criticá-lo.⁶ É o que também propõe Neder (2000, p. 168): “Tomamos os estudos dos processos históricos de construção das (i)legalidades socialmente instituídas como forma de compreensão das estruturas de poder”.

Estando, portanto, a filosofia do direito penal inserida num contexto de numerosos fatores a serem considerados, é impossível analisá-la sem abordar temas conexos. Foucault (1999b, pp. 22-23), por exemplo, expondo as regras que elencou para escrever “Vigiar e punir”, diz que procurou “Não centrar o estudo dos mecanismos punitivos unicamente em seus efeitos ‘repressivos’ [...] mas recolocá-los na série completa dos efeitos positivos que eles podem induzir”, tomando, assim, a “punição como uma função social complexa”, intimamente ligada ao exercício do poder.

Em sentido complementar, são pertinentes as colocações de Saavedra (2010, p. 93): a compreensão do fenômeno do crime – ou, no presente caso, da punição à conduta criminalizada – admite inúmeros desvelamentos diferentes, e o seu estudo se beneficia ao se utilizar das diversas abordagens existentes para questionar a complexidade dos seus aspectos. Neste sentido, não há uma crítica definitiva, mas o que se espera é que em determinado momento o saldo dessas produções seja capaz de conduzir a uma mudança qualitativa da situação que hoje impera.

Tomam-se, também, emprestadas as considerações de Garland (2001, p. 32), de que a orientação deste trabalho é mais analítica do que arquivística. Nos capítulos seguintes, a despeito das fontes historiográficas apresentadas, deseja-se,

⁶ Zaffaroni e Pierangeli utilizam como exemplo o uso da religião no medievo. Do mesmo modo que ela atuou como “ópio do povo” para justificar o sistema feudal, o argumento teológico funcionou como fundamentação para as rebeliões camponesas da época. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 215).

sobretudo compreender a justificativa ética atual para a existência da prisão para, finalmente, criticá-la.

2. OS AFLUENTES DA PRISÃO CONTEMPORÂNEA

Nossa moderna tendência a pensar a “imposição da lei” como sinônimo do “controle do delito” revela até que ponto nos temos acostumado a pensar o Estado como o mecanismo fundamental para enfrentar o delito.

David Garland (2001, p. 74)

Estudar o “nascimento” da prisão moderna no continente europeu e na Inglaterra, quer dizer, a difusão da privação de liberdade por tempo determinado enquanto principal método punitivo⁷ em detrimento de um *ius puniendi* antecedente é uma tarefa complexa, já que, como se verá a seguir, não há exatamente um consenso na literatura a essa respeito. De todo jeito, os apontamentos dos diferentes pesquisadores deste campo de estudo geralmente convergem em dois períodos-chave: a Baixa Idade Média⁸, pelas transformações ali ocorridas no exercício do poder soberano, e a Primeira Revolução Industrial, onde se intensificaram essas mutações antecedentes e desenvolveu-se uma tecnologia de controle sem precedentes. Procurar-se-á, portanto, tratar de ambos nesse capítulo.

A respeito da primeira época, Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 37), em seu relevante trabalho sobre a história do pensamento criminológico, escolhe o século XIII europeu para principiar sua análise, “por diversas razões [...] Foi então que se produziram as mudanças mais importantes na forma da política e no concreto da política criminal, e essas mudanças perduram até a atualidade.”. Destaca o historiador que noções políticas (e político-criminais) elementares como Estado, soberania, justiça, delito e poder punitivo passaram a se consolidar desde aquele momento.

Complementarmente, sustentam Melossi e Pavarini (2006, pp. 21-25) na introdução de seu estudo sobre a gênese da instituição carcerária moderna⁹, com a mesma abordagem que permeia todo o seu trabalho, que a privação de liberdade,

⁷ Embora haja países que mantenham a prisão perpétua e a pena de morte (no Ocidente, sem dúvida os EUA são o exemplo mais conhecido), a quantidade destas em relação à privação de liberdade é considerada irrisória para os fins deste estudo.

⁸ Entende-se por Baixa Idade Média o interregno entre os séculos XII e XIV na Europa Ocidental, pela convergência bibliográfica que demonstra as metamorfoses sociais que serão destacadas adiante.

⁹ Trata-se de Cárcere e Fábrica.

enquanto punição por si própria, não existia em contextos sociais com modo de produção pré-capitalista. Ressaltam os autores, sem delimitar um período específico do medievo, que, nas sociedades feudais (da Europa ocidental continental, subentende-se), se noticiava o enclausuramento por tempo determinado no regime penitenciário canônico, com objetivo final de arrependimento do pecador (e não sua pretensa regeneração ética ou social). No contexto secular, entretanto, a cadeia tinha uma função sobretudo processual e um caráter de retribuição e expiação.

A incipiente organização burocrática do Estado e do Direito nos séculos XII e XIII conduziu a um monopólio do *ius puniendi* que colocou o Estado como interessado na resolução dos conflitos sociais – até mais do que as partes, pois mais importante do que o dano causado por uma a outra era a infração de afrontar a determinação do soberano. Exemplo disso seriam as acusações e delações secretas que movimentaram o mecanismo dessa nova justiça num primeiro momento (ainda havia componentes de acaso e decisão comunitária que o Estado moderno procuraria eliminar) – (ANITUA, 2008, pp. 42-44).

Neste último século, o método inquisitorial de investigação, “conversão de todo o poder punitivo em coerção direta” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 105), também tomou corpo, como instrumento de luta contra o pecado, identificado com o crime de lesa-majestade, num embrionário arranjo entre os interesses dos poderes político e religioso (ANITUA, 2008, p. 50 e segs.).

Consonantemente, Foucault (1999a, p. 67; 1999b, pp. 66-67) afirma que a figura do soberano ascendeu como parte da relação jurídica em determinado momento por volta do século XII, sendo que não mais bastava reparar à parte lesada por uma conduta ofensiva, mas era preciso fazê-lo também para com o monarca, que sancionava o ofensor por multas e sanções confiscatórias, mecanismo que permitiu a construção dos governos monárquicos (Foucault frisa, porém, que ainda imperavam os suplícios).

Por fim, Zaffaroni (2001, p. 48) assevera que no século XIII “definitivamente, [o sistema penal] deixou de ser um julgamento de partes com mediação da autoridade para converter-se em um exercício de poder no qual a autoridade suprimiu uma das partes (a vítima) [...]”.

Tais mudanças culminariam, dali a cerca de duzentos anos, no *Malleus Maleficarum* (1486), primeiro discurso criminológico moderno e primeiro modelo integrado das ciências criminais para Zaffaroni e Batista (2003, p. 105)¹⁰, por sua descrição técnica e meticulosa das causas e formas do mal, além dos métodos de combatê-lo. Também expõe Carvalho (2008, p. 68 e segs.) a relevância de tal obra, considerando que a transição para o discurso punitivo da modernidade, pautado pelo humanismo e racionalismo, não se deu de forma abrupta, tampouco representa uma ruptura completa com a persecução penal ultrapassada, mas foi resultado de um processo de atrito que buscava reformar a cultura medieval e é exemplificado pela erradicação da tortura e da pena de morte, como meio probante e como punição, respectivamente.

Ainda sobre o *crimen laesae maiestatis*, já no século XVI, Giamberardino (2014, p. 84)¹¹ destaca que, com a consolidação do Estado Moderno, tal noção se tornou um importante instrumento para a gestão criminal como estratégia de poder. Condensou-se a ideia de que todo crime seria considerado como uma ofensa à autoridade do rei, modelo que impunha o respeito hierárquico antes da preocupação com a ofensa ao dano individualizado (GIAMBERARDINO, 2014, p. 86).

Como se pode notar, as colocações até aqui apresentadas nos conduzem a outro ponto relativamente comum da literatura a respeito da formação da prisão contemporânea: seu vínculo com o Estado-nação (pois os novos governantes necessitavam de um instrumento a partir do qual pudessem aplicar a soberania de suas leis frente ao direito consuetudinário praticado nas sociedades do continente europeu à época) que, por sua vez, estaria intrinsecamente unido ao capitalismo (ANITUA, 2008, p. 37). Garland (2001, p. 74), por exemplo, aponta a primeira ligação, declarando que, de fato, o poder soberano dos monarcas vitoriosos nos conflitos e sua promessa de *pax et justitia* procurava suprimir os poderes alternativos para impor a “Paz do Rei”, onde o controle do delito se constituía um princípio chave, fenômeno que foi se aprofundando por meio da do estabelecimento do monopólio do direito pelo Estado nos séculos XVIII e seguintes.

¹⁰ Cf. com Anitua (2008, p. 57) e Carvalho (2013).

¹¹ De acordo com os autor, tal entendimento foi se condensando dentro da Igreja até permear a sociedade civil. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 105)

Do ponto de vista do controle do corpo, paradigma apresentado por Foucault (1999b, p. 12), há que se notar que, até o século XVIII, ainda eram praticados suplícios, punições corporais capitais públicas e altamente dramáticas. O gradual surgimento de uma persecução penal oficial, racional e burocratizada teria determinado o fim deste tipo de prática. Spirenborg (1995, p. 44), porém, crê que, a despeito do suplício de Damiens, ocorrido em 1757 e descrito por Foucault no início de *Vigiar e Punir*, a punição corporal já estava em desuso antes: “Entre o começo do século XVII e a metade do XVIII o sistema penal mudou grandemente. No centro dessa transformação estava a emergência da prisão como instituição chefe de combate ao crime.” (Tradução livre). Para Wacquant (2001b, p. 402), que compartilha desse ponto de vista, a pena privativa de liberdade estaria vinculada ao advento do indivíduo moderno e suas garantias legais.

Semelhantemente, o “Manual de Direito Penal Brasileiro”, de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 215), possui um capítulo intitulado “O surgimento do pensamento penal moderno: o industrialismo”. Os autores procuram apontar a revolução industrial em sentido estrito, isto é, a segunda metade do século XVIII, como início deste fenômeno:

“Não há, aqui, qualquer profissão de fé de determinismo ou reducionismo econômico, e, sim, o reconhecimento pleno de um fato histórico constatado: a revolução industrial acarreta uma transformação socioeconômica que cria as condições de uma mudança cultural profunda, cujas consequências persistem até nossos dias.”

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 230-231) descrevem que, na segunda metade do século XVIII, o modo de produção feudal era cada vez mais restringido, compelindo os trabalhadores a irem pra cidade, o que gerou uma miríade de pessoas dispostas a executarem serviços por preços cada vez mais baixos e, por conseguinte, proporcionou uma acumulação de capital cada vez maior nas mãos daqueles que detinham os meios de produção. Como “efeito colateral” da falta de trabalho, os crimes multiplicavam-se no cenário urbano, compelindo a uma resposta em termos de controle social que, em princípio, configurou-se em castigos exemplares (isto é, violentos).

Também nesta direção, conforme o título do seu célebre trabalho historiográfico-criminológico, que assume uma posição declaradamente marxista, Melossi e Pavarini (2006, pp. 33 e segs.) apontam que a prisão - como a conhecemos hoje – e a fábrica possuiriam um nascedouro comum, vinculado ao desenvolvimento do capitalismo. Tal origem remontaria a duas instituições surgidas entre a segunda metade do século XVI e a primeira metade do século seguinte (momento em que se noticiava um movimento intenso de migração de trabalhadores camponeses para as cidades por conta do perecimento do modo de produção feudal e efervescência da atividade econômica urbana). São as casas de trabalho e de correção, primeiros estabelecimentos laicos sem a finalidade de custódia na história do cárcere, conhecidas como *workhouses*, *houses of correction* ou, popularmente, *bridewells*¹² na Inglaterra, e *rasp-huis*¹³ na Holanda.

Não é um acaso que justamente essas nações tenham representado uma vanguarda nesse processo, já que, na visão Melossi e Pavarini (2006, p. 33), elas desempenharam um papel bastante ativo no desenvolvimento do cenário político-econômico da época – a primeira, enquanto berço da revolução industrial; a segunda, como ponta-de-lança do tráfico mercantil após sua independência.

Em comum entre os países se sobressaem, dentre outros, 1) a demanda por mão-de-obra num período de declínio demográfico no continente europeu; 2) um enorme contingente de pessoas desocupadas – e esfaimadas - se formando nos grandes centros urbanos; e 3) a progressão de fenômenos como a vadiagem, a mendicância e a criminalidade patrimonial; sendo as duas últimas situações mais incisivas no caso inglês, onde a primeira *Poor Law*, de 1587, obrigava o Estado a fornecer, além de assistência pecuniária, trabalho aos necessitados. Melossi e Pavarini veem, contudo, como outro fator determinante para o surgimento das casas de trabalho e correção, num primeiro momento, o efeito que estas teriam de regular o preço da mão-de-obra livre, compelindo-o para baixo, já que haveria, nestas instituições, pessoas disponíveis a trabalhar pelas condições ali impostas. Sem

¹² Nome derivado do Castelo de Bridewell, que, por ordem do rei, serviu de albergue aos vagabundos, ladrões e pequenos delinquentes na metade do séc. XVI. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, pp. 33 e segs.).

¹³ Datando a primeira de 1596. Seu nome deriva do trabalho de raspagem de madeira – comumente pau-brasil – para a obtenção de pó corante que os internos tinham que desempenhar. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, pp. 33 e segs.).

dúvida fazia-se também presente a função que comumente a literatura do direito penal chama de prevenção geral, isto é, os internos das casas serviam de exemplo para que os de fora aceitassem mais facilmente a oferta do patronato e não tivessem o mesmo fim que os primeiros (MELOSSI; PAVARINI, 2006, pp. 33 e segs.).

O modelo das casas de trabalho e correção fomentado por Holanda e Inglaterra foi impulsionado pela emergente ética do trabalho das doutrinas calvinista e protestante e espalhou-se por diversas outras cidades da Europa Ocidental com mais ou menos atraso (instalou-se, por exemplo, em Paris somente em 1656 sob a alcunha de *hôpital général*). Ao mesmo tempo, diferentes fatores motivaram mudanças nestes estabelecimentos que foram os aproximando mais à forma de cárcere: as *rasp-huis* holandesas, antes com função disciplinadora e profissionalizante, vão perdendo esta última, já que a utilização de moinhos era um método mais lucrativo para o mesmo trabalho nelas desempenhado manualmente, sendo que se passou a colocar ali praticantes de crimes cada vez mais graves tão-somente para fins de punição; as *bridewells* da Inglaterra fundem-se formalmente às *gaol*, prisões de custódia em 1865, mas muito antes (desde 1720) já se enviam indistintamente toda sorte de delinquentes para ambas. Tudo é impulsionado pela revolução industrial, que, como dito anteriormente, acaba diminuindo a importância do trabalho não-maquinizado dos detentos (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 59 e segs.).

Neste período, mais propriamente nas últimas décadas do séc. XVIII, o qual Foucault (1999a, p. 86) chama de idade da ortopedia social, pois “a melancólica festa da punição [medieval] vai-se extinguindo” para dar lugar à aplicação moderna da pena, com pretensão racional, procedimental e burocrática (FOUCAULT, 1999b, p. 12), uma figura filosófica inglesa, certamente influenciada pela ênfase na utilidade consequente à industrialização (RUSSEL, 2002, p. 378), merece destaque por sua contribuição à maneira de pensar o cárcere e ética das ações humanas como um todo. Trata-se de Jeremy Bentham (1748-1832), que Melossi e Pavarini (2006, p. 71) definem como “um dos representantes máximos da burguesia inglesa em ascensão”, e Foucault (1999a, p. 86), por sua vez, considerava “(...) mais importante para nossa

sociedade do que Kant, Hegel, etc.” porque “(...) programou, definiu e descreveu da maneira mais precisa as formas de poder em que vivemos”.

É um fundamento notório de sua filosofia que Jeremy Bentham cria que as pessoas (governantes, inclusive) deviam tomar suas atitudes com base em um norte – o prazer, ou felicidade – maximizando-o, e evitando, por sua vez, seu oposto – a dor ou infelicidade. Observando-se esse princípio produzir-se-ia a maior felicidade possível (BENTHAM, s.d., p. 14). Tratando do assunto mais profundamente, Dias (2007, p. 20) afirma que Bentham referia-se à política e a moral como ciências, seguindo a corrente do racionalismo clássico predominante à seu tempo, que considerava a certeza e a verdade como bases e objetivos finais para construção do conhecimento.

Além disso, o filósofo inglês era empirista e operacionalizava sua epistemologia por meio de duas classes de entidades – a perceptiva, relativa ao conhecimento do sensorial (e orientado sobretudo pela dor e pelo prazer), e a inferencial, relativa a ideias sem correspondência material. Direito, lei, justiça e obrigação estariam no último grupo, e, como dependentes de uma construção humana intelectual baseada na sua experiência, seriam manipuláveis a fim de promover mais prazer no seio da sociedade (DIAS, 2007, pp. 32-33) ¹⁴. Neste mesmo sentido, Garcia (1988, pp. 33 e 40), que descreve a filosofia política de Bentham como reformismo radical, relata que, para o inglês, então acompanhando o curso da revolução francesa, a intromissão da metafísica na política que os revolucionários promoviam era criticável por conta de sua lógica abstrata jusnaturalista: “Sua postura era a própria de um reformista pragmático que, ademais, como típico representante da classe média britânica, não odiava a aristocracia [...]” (GARCIA, 1988, pp. 33-34, tradução livre).

Além de ter construído um modo de pensar extremamente instrumentalizável para as transformações produtivas em curso¹⁵, e talvez demonstrando o maior

¹⁴ Nas páginas seguintes a autora ainda expõe sua opinião de que a busca pelo prazer não seria uma atitude egoísta se o indivíduo compreendesse que na verdade ele deve buscar a ação mais útil para a comunidade e não para si.

¹⁵ Porque, primeiramente, a ética utilitarista é consequencialista (discorre-se sobre esse ponto com mais profundidade no último capítulo), ou seja, os meios importam menos que os fins a serem atingidos. Além disso, sua concepção de “saldo de felicidade” social era um vazio conceitual (a despeito das formulações com pretensão matemática de Bentham a seu respeito), que permitia aos governantes criminalizar as condutas que bem entendessem sobre a justificativa de violarem o

exemplo disso, o que Bentham sustentou enquanto teoria ética justificava a imposição do sofrimento da pena a quem cometeu um crime sob o argumento de que o exemplo da punição desmotivaria a repetição do comportamento delituoso – seja por parte do próprio criminoso em potencial, seja pelo resto da sociedade – se o cálculo racional das vantagens a serem obtidas com a ofensa fossem pequenas em relação ao mal ao qual quem o pratica seria submetido, gerando, assim, um saldo positivo de bem-estar na sociedade (GIAMBERARDINO, 2014, p. 72)

A crença benthaminiana no reformismo racional e no papel da legislação e da coercitividade estatal para o bom funcionamento da sociedade são compreensíveis considerando-se, ainda, seu ponto de partida: a visão de homem e sociedade que ele compartilhava era a outro filósofo inglês, Thomas Hobbes, para quem a razão dominaria as paixões egoístas dos indivíduos e se transfiguraria no Estado como condição mínima *sine qua non* para o convívio social (GARCIA, 1988, p. 89).

É difícil situar exatamente o impacto que as formulações de Bentham tiveram nas correntes do direito penal de seu tempo. Muita se fala sobre um possível reflexo na obra de Beccaria (1738-1794), cujo texto principal é *Dos delitos e das penas* (1764), famigerado exemplar do iluminismo penal¹⁶, que traz em sua introdução uma amostra da convicção que permeia todo o seu restante: “*Abramos a história, veremos que as leis [...] nunca [foram] a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem estar possível para a maioria.*” (BECCARIA, s.d., p. 8). É importante notar, todavia, que *Dos delitos e das penas* foi escrito muito antes da principal obra do filósofo inglês (*Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, de 1785), o que conduz à consideração de que a promoção do bem-estar não foi propriamente uma invenção utilitarista, mas uma intenção permeada na construção filosófica-penal daquele momento.

interesse da maioria (a mendicância, a vagabundagem, a criminalidade patrimonial de bagatela, o direito de greve e de organização política contra hegemônica são exemplos possíveis). Bentham, inclusive, incentivava a manipulação da lei penal nesse sentido – (para não destacar somente seus pontos negativos, em contrapartida, ele inovou ao apregoar a proporcionalidade da punição em relação ao dano social causado). (BENTHAM, s. d., p. 25).

¹⁶ “[...] a produção internacionalmente mais famosa de toda a produção [sic] do grupo organizado em torno de Pietro Verri.”. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 115).

Em todo o caso, Garcia (1988, p. 65) sustenta que a ética de Bentham alastrou-se muito rapidamente – ele era “escassamente conhecido” mesmo em seu país no início do séc. XIX, enquanto em 1820 já possuía prestígio internacional¹⁷. A influência benthaminiana contribuiu para sedimentar determinados ideais de justiça criminal e punitividade e a escalada do controle passaram a se decantar nas comunidades da região à época. Foucault (1999a, p. 80) procura oferecer um panorama geral dos juristas sobre com os quais os escritos de Bentham tiveram recepção: “O princípio fundamental do sistema teórico da lei penal definido por esses autores é que o crime, no sentido penal do termo, ou, mais tecnicamente, a infração não deve ter mais nenhuma ligação com a falta moral ou religiosa”, sendo, portanto, passíveis de punição ora tão-somente as condutas criminalizadas pela lei (o filósofo francês também destaca o já citado princípio da utilidade e taxatividade).

Foucault (1999a, p. 92 e segs.) ainda demonstra que, entre os séculos XVII e XIX, o controle social exercido por grupos burgueses autônomos da Inglaterra, como os quakers e os metodistas, antes com base moral e religiosa, foi oficializado pela aristocracia na forma da lei penal. Concomitantemente, “o protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares [...] É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado.” (FOUCAULT, 1999b, p. 63).

A transformação principal, porém, é na definição de criminoso. Agora perturbador da felicidade do meio social, o criminoso é um inimigo que a lei penal deve procurar neutralizar - em última instância, a punição ideal para os utilitaristas seria a deportação, não sendo essa possível ou viável, a humilhação, o isolamento, a reparação do dano e a coerção à não repetição da conduta por meio da pena de talão. Essas possibilidades ressoaram, também, no Código penal revolucionário francês. (FOUCAULT, 1999a, p. 82).

Zaffaroni e Batista (2011, pp. 190-194) também trazem à tona como os ideias de utilidade se espalharam pelas codificações penais do século XIX. Relatam os estudiosos que tal influência é notável na apresentação do relevante Código de Napoleão (1810), onde se “sustentava que a pena é legitimada por sua necessidade,

¹⁷ É um fenômeno que Garcia (1988, p. 65) nomeia “passagem de Bentham ao benthamismo”.

o que consagra uma solução pragmática que evitou maiores desvios”, e em diversas outras codificações de nações da Europa ocidental nas décadas seguintes, atingindo seu apogeu no código italiano de 1888, “texto altamente racional, construído sobre a admissão expressa do livre arbítrio”.

Oferecendo um resumo das mudanças do direito penal apresentadas neste capítulo, Hespanha (2006, p. 1) indica como características do direito penal no século XIX:

Por um lado, pré-compreensão disciplinadora da função de governo, que cometia ao príncipe a idealização e aplicação de um modelo racional de sociedade, impondo uma disciplina racional ao caos da sociedade pré-política, ou natural. Depois, uma orientação utilitarista sobre o fundamento do direito de punir e sobre os fins das penas, que se relaciona estreitamente com a tal ideia de engenharia social.

Sempre em termos mais materiais, Melossi e Pavarini (2006, p. 116), por sua vez, frisam que, não por acaso, nos mesmos anos em que *Dos delitos e das penas* foi escrito surgiram duas prisões na Itália.

Mas, sem dúvida, as mutações éticas e políticas em relação não só à punitividade, mas ao controle social, da época em que Bentham publicou seus escritos são muito bem simbolizadas pela ideia que lhe rendeu maior fama: *oPanóptico*.

3. DO UTILITARISMO BENTHAMINIANO EM DIANTE: A SOCIEDADE DO PANOPTISMO¹⁸

A invenção benthaminiana¹⁹ do Panóptico – ou *Panopticon* – a “ideia de um novo princípio de construção aplicável a qualquer sorte de estabelecimento, no qual pessoas de qualquer tipo necessitem ser mantidas sob inspeção” (BENTHAM, 2008, p. 15), foi apresentada em um livro de 1791 e consistia num edifício circular com uma torre central, cuja arquitetura permitiria que as pessoas desempenhassem suas atividades no anel periférico enquanto eram constantemente vigiadas – ou tinham essa sensação, ao menos – por alguém dentro da torre (os inspetores, na proposta original, também deveriam ser fiscalizados de tempo em tempo²⁰). O propósito da vigilância, por óbvio, era o ajustamento da conduta do vigiados a um determinado padrão. (BENTHAM, 2008, p. 20 e segs.).

Este tipo de edifício configuraria, primeiramente, uma virada em termos de arquitetura, na medida em que, desde a Grécia antiga, se buscavam construções que permitissem ao maior número de pessoas assistirem a um único sujeito (como nos espetáculos ou cerimônias religiosas), enquanto que, a partir do panóptico, procurar-se-ia algo que realizasse justamente o oposto, isto é, a um único espectador – ou um número pequeno deles – vislumbrar um grande contingente de sujeitos observados (FOUCAULT, 1999a, pp. 104-106).

O Panóptico foi defendido com entusiasmo por seu criador nos anos seguintes, mas não teve boa recepção de imediato. Nas primeiras décadas do século

¹⁸ Certa ausência de rigor historiográfico deste capítulo justifica-se pela necessidade de tratar um período extenso de desenvolvimento das ciências penais (do fim do século XVIII até o presente). Deste modo, procurou-se sintetizar análises respeitadas para destacar o âmago ético e político da questão.

¹⁹ Na verdade, Jeremy Bentham disse que esta que talvez seja sua ideia mais famosa foi um projeto arquitetônico de seu irmão, Samuel. (BENTHAM, 2008, p. 17)

²⁰ A esse respeito, Anitua (2008, p. 209): “Sem dúvida, para não ser desnecessariamente duro para com o pobre Bentham, há que se reconhecer que ele também previa controles externos para evitar o exercício abusivo do poder de quem se encontrava em posição tão vantajosa de aproveitar a invisibilidade e usar a visibilidade. Bentham outorga uma importância fundamental às inspeções aleatórias, tanto das pessoas encarregadas [...] quanto do público em geral – para controlar democraticamente a tarefa dos ‘donos’ da ordem e do tratamento no interior do dispositivo penitenciário.”

XIX, Bentham buscou numerosas vezes o apoio de aristocratas e parlamentares para que a prisão-modelo saísse do papel, sem sucesso. Em contrapartida, nestes mesmos anos se noticiou uma difusão do pensamento do filósofo por meio de dezenas de milhares de cópias de suas obras sobre legislação que se espalharam pela Europa continental e pela América Latina (GARCIA, 1988, pp. 36-39).

Mesmo não tendo sido construído nos anos em que Bentham desejava, Anitua (2008, p. 208) reafirma o significado dessa máquina²¹ punitiva, num período em que o industrialismo impunha a ressignificação da vida em termos econômicos; aqui, em tese, a prisão aos moldes do panóptico seria bastante satisfatória na medida em que a sensação de vigilância constante promovida por um número diminuto de inspetores do anel central não representaria um grande dispêndio em pessoal, e promover a “ressocialização” dos detentos, transformados em máquinas produtivas²², também contribuiria pra sua vantagem econômica.

Posteriormente, fábrica e a prisão chegaram mesmo a se confundir com o advento do panoptismo, num “sonho realizado do patronato” (FOUCAULT, 1999a, p.110). O modelo de vigilância em tempo integral foi muito comum não só em conventos, hospitais, quartéis e cárceres, mas aplicado em larga escala na indústria: no século XIX, em uma região do sudoeste da França, havia 40.000 operárias têxteis sob um rigoroso regime de vida e trabalho que determinava horários para as atividades mais singelas do dia-a-dia e limitava ao máximo o contato delas com a comunidade externa. Essas trabalhadoras só eram remuneradas no fim do ano.²³ A premissa de maximização dos lucros pela disponibilidade de tempo maior para o trabalho, porém, foi precisamente aruína da proposta no caso das fábricas, pois o gasto para se manter a subsistência das pessoas controladas e vigiá-las durante meses acabava gerando prejuízos, e em questão de anos o modelo caiu em desuso. (FOUCAULT, 1999a, pp. 109-110).

²¹ “[porque o Parlamento britânico a vetou em 1802] esta máquina punitiva ficou apenas no desenho. O desenho de uma máquina disciplinar. Uma ‘máquina’ – insisto no termo, pois este é o momento histórico em que um homem de gênio deveria criar máquinas para ser realmente considerado genial – que permitia, com o mínimo esforço, o melhor resultado.” (ANITUA, 2008, P. 209).

²² “A prisão também seria vista como uma máquina, uma máquina de criar máquinas para que trabalhem com outras máquinas” (ANITUA, 2008, p. 210).

²³ O mesmo modelo de fábrica-prisão (ou fábrica pensionato, ou fábrica-convento) encontrava-se, à época, na Suíça, na Inglaterra e nos Estados Unidos. Depois que elas foram extintas, ainda assim se noticiariam reminiscências dos instrumentos de controle permanecem em todas estas que Foucault (1999a, p. 111) afirma serem “instituições de sequestro”.

A despeito de seu fracasso no meio fabril, Foucault (1999a, p. 87), refletindo sobre o invento com grande acuidade, sustenta que essa construção arquitetônica foi bastante importante porque “O Panopticon é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Este tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo”. O panoptismo seria, sobretudo, a substituição do inquérito – a tentativa de reconstrução dos fatos dentro da justiça, operada desde a Idade Média – pela vigilância permanente que procura regular a conduta do indivíduo não mais pontualmente, quando ele comete uma infração, mas a todo o momento. (FOUCAULT, 1999a, p. 87).

Foucault (1999a, p. 124) conclui com a observação fundamental de que, a partir da adoção do paradigma do controle e vigilância permanentes, a prisão passou a justificar sua existência e seu formato paradoxalmente por ser a repetição do que agora se praticava na fábrica²⁴, na escola, no hospital e assim por diante; ao mesmo tempo, legitimava a forma desses outros locais por ser ela a prisão *de fato*, logo, quem estava fora dela deveria se considerar livre, apesar de ser tão pouco senhor de seu próprio tempo quanto aqueles privados de sua liberdade.

É difícil, entretanto, constatar uma mudança em termos de paradigma legislativo para o de vigilância permanente, pois, conforme aponta Carvalho (2008, p. 68), tal como a filosofia utilitarista que floresceu no século precedente, a dogmática penal do século XX seguiu a tendência das ciências modernas de alinhamento ao cartesianismo, de modo que nesta época vigorou processo criminal orientado pela busca da verdade em sua instrução probatória.

Retornando para as modificações enfrentadas pelo pensar filosófico, após Bentham, então, o representante mais famoso da corrente utilitarista foi John Stuart Mill, que, contudo, “nunca se ocupou de questões jurídicas, talvez porque, apaixonado pela nova fé coletivista que assume depois de sua ‘conversão’, concebe a economia (e a sociologia) como encarnação suprema do cientificismo.” (GARCIA, 1988, p. 195, tradução livre).

²⁴ A despeito do perecimento do modelo de fábrica-prisão, com controle integral da vida dos trabalhadores, a supervisão do empregado nunca deixou de ser uma prerrogativa da produção capitalista.

Ainda assim, merece destaque seu estudo da moral, a qual Stuart Mill procurou diferenciar da justiça, associando esta última à sanção penal (a aplicação dessa sanção deveria ser conduzida de acordo com ideais de bem comum em sentido semelhante aos pautados por Bentham, exaltando-se a função de prevenção geral negativa- uma característica, de fato, comum dos benthamistas²⁵), que seria, para ele, a essência do direito²⁶, e a constatação de que John Stuart Mill fez parte de um esforço que resultou num predomínio da racionalidade socioeconômica sobre a jurídica na sociedade recém-industrializada, “construída a partir da ciência social positivista.”. John Austin, outro que mesclou benthamismo e positivismo, mas que fez reflexões mais propriamente jurídicas, ficou famoso por seu conceito de lei como regra imposta a um ser inteligente por outro ser inteligente que tem poder sobre o primeiro.²⁷ (GARCIA, 1988, pp. 196-197).

A influência da “matriz” epistemológica positivista nas ciências em geral, aliás, é um fato que merece atenção no período em que Stuart Mill e Austin redigiam suas formulações. Embora diferentes ramos do conhecimento da época recebam essa alcunha, deve-se notar que “positivista” é um rótulo muito abrangente que pode reunir áreas que tiveram muito poucas semelhanças²⁸, sendo que aqui se reservará a um breve exame da criminologia positivista por conta de sua importância à política criminal da época.

Essa ciência, que dava seus primeiros passos enquanto tal, não constituiu, portanto, como exceção àquelas sobre as quais recaíram os pressupostos básicos do positivismo, ea discussão criminal passou a se operar sobre a esfera da individualidade - procurava-se separar os indivíduos “normais” dos delinquentes, que assim o seriam por diversos fatores cientificamente apuráveis (BARATTA, 2002, p. 29). Importava, em última análise, detectar e oferecer uma tratativa à periculosidade,

²⁵ Cf. com Beccaria (s.d., p. 8).

²⁶ Cf. com Bentham (s.d., p. 14) e Stuart Mill (s.d., p. 33). Mill e John Austin, outro dos autores que deram continuidade ao pensamento benthaminiano, consideravam, diferentemente de seu predecessor, que havia direitos morais (que, para Austin, seriam defendidos nessa esfera, sem guardar conexão com o universo jurídico).

²⁷ Ainda de acordo com Garcia (1988, p. 197), Austin foi o elo de ligação entre Bentham e Hans Kelsen na medida em que a Analytical School of Jurisprudence do primeiro desejava uma pureza de método para realizar uma análise puramente jurídica, tal qual o último. De todo modo, Kelsen descartou a vinculação, dentre outras coisas, pelo valor psicológico dos conceitos de prazer e dor da filosofia utilitarista.

²⁸ Fonseca (2009, pp. 43 e segs.) enumera como elementos comuns à epistemologia positivista a exterioridade da realidade em relação ao sujeito, o conhecimento como representação do real e a separação entre fatos e valores.

avaliada a partir da observação de relações de causa e efeito com base estatística ou meramente empírica (PAVARINI, 2003, p. 43).²⁹

Em sentido consoante, sobre este período de afirmação da ciência criminológica positivista, Zaffaroni (2001, p. 48, com grifo no original) defende que desde o século XVII “o discurso jurídico penal sempre se baseou em *ficções* e *metáforas*, ou seja, em elementos inventados ou trazidos de fora, sem nunca operar com dados concretos da realidade social”.

Os pressupostos da escola positivista se opuseram aos da clássica, ligada ao utilitarismo, que não via o homem como criminoso natural. Entretanto, elas guardavam um ponto em comum que, sem dúvida, é fundamental para entender o punitivismo estatal contemporâneo: a ideologia da defesa social, “nó teórico e político fundamental do sistema científico” daquelas, que propunham um modelo de ciência penal integrada, ligando o que estaria juridicamente estabelecido a uma particular concepção de homem e sociedade. (BARATTA, 2002, p. 41).

Outro fato com o qual a compreensão da prisão contemporânea está vinculada é o papel dos Estados Unidos da América nas suas transformações mais recentes. Sobre este ponto, Melossi e Pavarini (2006, p. 153), na continuação de Cárcere e Fábrica, elucidam que até o fim do séc. XVIII pobreza e crime não foram alvo de grande preocupação política na antiga colônia inglesa – aliás, o sistema prisional estadunidense era bastante incipiente até aquele século. Mas já nas primeiras décadas após a independência, se noticiou uma escalada industrial e um desenvolvimento populacional urbano sem precedentes, fatores que modificaram a composição de classes sociais no território do país e o modo de se enxergar a pobreza – antes, predominava um olhar de acordo com a moral protestante predominante, de que ela era uma condição inevitável que inspirava caridade; agora, ela seria potencialmente culpável, já que as dimensões dos Estados Unidos e a sua prosperidade permitiriam a todos que desejassem a obtenção de trabalho (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 172).

²⁹ A despeito da criminologia positivista ter sido unanimemente superada dentro da academia, vez por outra surgem propostas que remetem à ela na sociedade civil, como quando em 2012 um candidato à prefeitura de São Paulo propôs tratar os jovens com “potencial criminoso”.

Assim, em 1790 foi ordenada a construção da primeira penitenciária – cárcere de detenção celular e de isolamento individual - dos EUA, mantendo, todavia, um forte caráter de correção moral cristã por meio de silêncio, meditação e oração, sendo em sua proposta muito semelhante à ortopedia social do Panóptico de Bentham (MELOSSI; PAVARINI, p. 188). O isolamento - *solitary confinement* - proposto por esta penitenciária deu origem ao modelo prisional da Filadélfia, baseado “na separação permanente, na proibição de trabalhar, na educação religiosa e no silêncio absoluto”, que foi posteriormente justaposto ao modelo de Auburn (de 1821) - *silent confinement* - onde se trabalhava durante o dia como numa fábrica. (ANITUA, 2008, pp. 220 e 221).

Em um contexto mais amplo, Gabriel Ignacio Anitua (2008, pp. 217 e segs.) procura oferecer um panorama geral das mudanças que o *geist* penitenciário enfrentou no século seguinte (XIX). Esclarece o autor argentino que há uma íntima relação entre essas modificações supracitadas, os movimentos revolucionários ocorridos a partir do início do século anterior (XVIII) e a fixação do poder democrático-burguês. De tal modo, haveria três momentos principais:

1) O penitenciarismo “filantrópico”, contemporâneo à revolução burguesa de 1789, onde se reivindicou melhores condições de vida nos cárceres, e ligado à revolução norte-americana, em que se proibiram constitucionalmente penas cruéis e se tentou extinguir os castigos corporais e o trabalho forçado em nome do isolamento;

2) o reformismo racionalizador das revoluções dos anos 1830, crítico à pena de morte e influenciando pela evolução dos modelos prisionais estadunidenses (descritos no parágrafo anterior);

3) a Primavera dos Povos, em 1848, e as reações repressivas a ela, que puseram fim a essa “ilusão reformadora” e introduziram a gestão burocrática e especializada da atividade penitenciária, endurecendo o cumprimento das penas.³⁰

Após este último momento, merece destaque o advento do sistema progressivo de cumprimento da pena, sem definição exata do seu surgimento, já que

³⁰ Nesse sentido, a punição de deportação para suas colônias na América, praticada na França a partir de 1851 e em tantos outros países europeus como forma de tratar o “recidivismo”, a reincidência na conduta criminosa. (ANITUA, 2008, p. 230)

há registro de mecanismos semelhantes em diversas cidades europeias nos anos 1840 e 1850. (ANITUA, 2008, p. 234).

Refletindo sobre as décadas seguintes e tomando como base Reino Unido e Estados Unidos, David Garland (2001, pp. 35 e 71 e segs.) chama o período entre 1890 e 1970 da história da prisão de *welfarismo penal*³¹. Nesses anos, teria ocorrido uma guinada correcionalista na justiça criminal. Para o professor estadunidense, são símbolos desse processo a reabilitação, a medida de segurança (sobre a qual se falará um pouco mais no capítulo seguinte), a investigação e os laudos criminológicos, os tratamentos médico-penais e os institutos conexos a eles, como a *probation* e a liberdade condicional. O resultado, então, “foi uma estrutura híbrida, penal-welfare, que combinava o legalismo liberal do processo e seu castigo proporcional com um compromisso correcionalista baseado na reabilitação, no bem-estar [isto é, numa adequação ao ideal estatal de welfare] e no conhecimento criminológico.” (GARLAND, 2001, p. 71).

Continuando, Garland (2001, pp. 73-75) considera que, até então, a despeito das discussões dentro das ciências penais, haveria certo consenso sobre a validade do correcionalismo, sobretudo após as guerras mundiais, quando este seria o paradigma consolidado também dentro dos Estados (no caso, como já dito, ele se restringe a EUA e Reino Unido). Por fim, ainda esclarece como, nos séculos XIX e XX, com a expansão da democracia, o antigo poder soberano passou a ser poder cada vez mais “público”, sendo que o modelo de persecução penal vigente recebeu o carimbo de legitimidade por ter sido elaborado por representantes eleitos mediante vontade popular.

Uma compreensão geral frequentemente destacada a respeito da política criminal do fim do último do último século é apontada por Garland (2001, p. 137 e segs.) e Wacquant (2001a, pp. 30 e segs., e 2001b, pp. 402 e segs.): uma crise do *welfarestate* e sua substituição por um neoliberalismo em termos de política econômica (menor atuação do estado), aliado a um conservadorismo em termos de política social, resultando em uma prática governamental menos atuante em sentido

³¹ Porque, analogamente às pretensões do welfare state, a prisão seria voltada, ao longo desses anos, para o bem-estar da sociedade, o que, de certa forma, configurar-se-ia num triunfo da busca do maior ideal benthaminiano – a maior felicidade possível para o maior número de pessoas.

de regulação da economia ou de “provisão” social, e mais atuante em termos de repressão ao crime.

A vigilância e regulação permanente das condutas, porém, talvez tenham encontrado formas mais sutis de disseminar. Para Foucault (1999a, p. 118) o controle social do tempo, que as diferentes instituições citadas tiveram a pretensão de possuir em sua integralidade no passado, seria, contemporaneamente, exercido pelo consumo e pela publicidade (nos países mais desenvolvidos).

Isto posto, antes de trazer propriamente as críticas à fundamentação filosófica da punição até aqui exposta, é necessário inserir as particularidades do caso brasileiro dentro desse contexto.

4. UMA SÍNTESE DA PUNIÇÃO MODERNA NO BRASIL (E ALGUNS INDICATIVOS SOBRE O PANOPTISMO HOJE) ³²

Na época em que Bentham redigia suas principais obras, as decisões políticas, e portanto de penalização, eram exercidas, no Brasil, por um grupo restrito de pessoas ligadas à aristocracia portuguesa, com considerável influência da Igreja nesse processo. Como o passar de algumas décadas, estabeleceu-se o Império luso-brasileiro, momento em que as transformações políticas e ideais de modernização foram recepcionados pela cultura jurídica portuguesa³³, que funcionou como substrato (mais do que como fonte inspiradora) para o pensamento sobre o direito e o exercício do poder em solo brasileiro, tendo, portanto, demarcado a legislação pátria que regulou a maneira como o controle social era exercido através da lei penal (NEDER, 2000, pp. 102 e 148-149).

Ainda de acordo com Gizlene Neder (2000, p. 148, com grifo no original) “O pensamento jurídico-penal da virada do século XVIII para o XIX reflete a vinculação teórica, metodológica e ideológica ao *absolutismo ilustrado*, mesmo após a emancipação política do Brasil [...]”.

Essa política criminal da monarquia ilustrada, que seria notada quando começou a época pombalina³⁴, na segunda metade do século XVIII, seria caracterizada por um império de uma ordem (mais) disciplinar, com papel normativo

³² Por motivos de delimitação temática, o recorte histórico deste capítulo se situa a partir da virada do século XVIII para o XIX (sendo este, pelo exposto no capítulo 2, convencionalmente considerado o marco de início da punição moderna) até aproximadamente os períodos de criação da legislação em vigor. Não se procura apresentar uma revisão bibliográfica exaustiva do tema, já que o objetivo é fornecer um panorama geral da filosofia por trás das regulamentações legais da punição em território brasileiro desde o fim do império. Além disso, não se debaterá a escravidão, questão social relevantíssima para compreender as variações políticas e jurídicas do período, para evitar o risco de incorrer em uma abordagem perfunctória.

³³ O conceito de cultura para a autora é o seguinte: “Pensamos a cultura não como um conjunto de *traços*, mas como configurações constituídas por *formas culturais*, que podem converter-se em novas construções ou formas tomadas de empréstimo de outras culturas de diferentes espaços (regiões) e/ou tempos históricos, num processo que implica, a um só tempo, a interpenetração e/ou choques de culturas (através da circularidade) e a resistência cultural (através da repetição de certos sintomas identificatórios de uma dada cultura). (NEDER, 2000, p. 148, com grifo no original)

³⁴ “O pragmatismo pombalino constituiu-se na forma política de encaminhamento da passagem à modernidade nas formações históricas portuguesa e brasileira.” (NEDER, 2000, p. 167, com grifo no original).

prático de reafirmação do monopólio estatal da censura social, em detrimento da ordem autoritária e repressiva do passado, onde a punição tinha caráter “quase que exclusivamente simbólico”. O projeto de codificação penal portuguesa conduzido por Pascoal José de Mello Freire na primeira metade do século seguinte teve inspiração coerente com os ideais iluministas e com a proposta beccariana; projeto este que teve reflexos no código penal brasileiro de 1830. (HESPANHA, 1993, apud NEDER, 2000, pp. 154-164).

Mas no Brasil mesmo antes já encontravam influxos das obras de Beccaria: na Constituição Imperial de 1824 se encontrava a previsão de que “Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública”. O código penal de 1830, que, conforme já dito, também é herdeiro deste paradigma, serviu de base para o código espanhol de 1848, que, por sua vez, foi atualizado em 1870 e utilizado como inspiração para a legislação penal do restante da América Latina. A despeito disso, a codificação brasileira possuía um texto permeado pelo retributivismo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 195; NEDER, 2000, p. 186).

Sobre as características do código de 1830, Neder (2000, p. 185) defende que seu alcance era – ao menos formalmente - maior em comparação com a constituição de alguns anos antes e que

“Nele encontramos definições doutrinárias sobre a conduta criminal dos indivíduos, aí representados no sentido burguês do termo, tal como formulado pelo pensamento social e político europeu na passagem à modernidade. Abrangia todos os segmentos sociais. [...] Todas as pessoas podiam ser proprietárias. Apenas a um número reduzido era possível aplicar a lei. Mas todos estavam sujeitos a cometer delitos, conforme previa o código.”

Os códigos penais brasileiros seguintes refletem, para Zaffaroni e Pierangeli (2011, pp. 202 e segs.), o curso da política do país. Primeiramente, o código de 1890, o primeiro republicano possuía um texto liberal, o que, numa sociedade elitista e escravocrata, somada ao nascente positivismo, rendeu-lhe toda a sorte de críticas e provocou tentativas diversas de sua substituição.

As influências da última corrente são as mais notáveis. Conforme já dito, o advento do positivismo nas ciências promoveu uma guinada no estudo do fenômeno

delitivo: agora, mais do que punir *pós-facto*, era preciso estudar (e corrigir) a periculosidade do agente antes dele agir. Tal variável estava vinculada às funções penais da prevenção especial positiva (isto é, a “recuperação” do delinquente, que não se constituía de uma novidade, já que as *workhouses* primitivas sempre o intentavam por meio do trabalho) e negativa (a anulação do seu potencial delitivo enquanto ele se encontra preso).

É um marco, neste sentido, o código penal italiano de 1930 (redigido por Arturo Rocco), que previa que o criminoso “responsável e perigoso” receberia dois tipos de sanção – a pena, primeiramente, e a medida de segurança, depois. A primeira teria caráter retributivo para com o dano causado; a segunda procuraria conter a periculosidade do criminoso – ele ficaria detido enquanto ela não cessasse. Esse sistema, conhecido como *doppio binário*, também estava presente no código penal brasileiro de 1940, que “cedeu” às pressões enfrentadas pela codificação anterior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 192; GIAMBERARDINO, 2014, p.74).

É quase que desnecessário dizer que a detenção baseada em algo tão abstrato quanto a periculosidade do sujeito foi bastante problemática. A crença na capacidade da instituição prisional em reformar o indivíduo conduz a sua detenção por tempo indeterminado (até que sua periculosidade cesse)³⁵, guardando, neste sentido, relação íntima com o controle e vigilância permanentes no modo descrito por Foucault no capítulo antecedente.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 193) defendem que é característico dos códigos penais contemporâneos da América Latina a previsão de medidas de segurança tendentes à indeterminação, inspiradas no *doppio binário* e no vetusto positivismo criminológico. No Brasil, tal possibilidade (o *doppiobinário*) foi formalmente abolida pelo código penal de 1984, mas as medidas de segurança com duração indeterminada persistem, constituindo uma parte da história recente do direito penal dopaís que demanda maior investigação (ARBEX, 2013, por exemplo, descreve o genocídio de 60 mil pessoas ao longo do século XX numa única “colônia”, como era popularmente conhecido o hospício localizado na cidade de

³⁵ Em outras palavras, até que o interno seja completamente moldado a um determinado padrão de conduta. E as vezes, durante toda a sua vida, caso que ocorria não só no(s) século(s) passado(s), mas ainda acontece no Brasil sob o traje da medida de segurança. (GIAMBERARDINO, pp. 73-74 e 120).

Barbacena – MG), e ainda fazendo-se presentes na prática, já que se estima que a poucos anos havia 5000 pessoas sujeitas a essa forma de encarceramento (CIA, 2011, p. 38).

Concluindo com algumas observações mais materiais do que históricas ou legislativas, é possível afirmar que, mesmo com uma população carcerária astronômica, em comparação com outros países o Brasil ainda “gasta pouco” (e mal) em segurança pública³⁶ (SAPORI, 2015, p. 60), fato que, por um lado, explica as péssimas condições às quais os detentos e detentas são submetidos em boa parte das prisões nacionais. Por sua vez, Lima e Bueno (2015, pp. 8-9) criticam o fato de esses gastos serem aplicados quase em sua totalidade reativamente (e não preventivamente), isto é, em repressão policial e encarceramento – e o efeito nulo dessa política na redução da violência, já que em 2014 teriam sido registrados quase 60 mil mortes violentas intencionais (maior número do mundo entre os países sem guerra declarada)³⁷, 48 mil estupros e 500 mil furtos e roubos de veículos.

Diante da estabilização do gasto com segurança pública nos últimos anos³⁸, seria controverso situar o Brasil dentro ou fora do lobby “mais estado para punir, menos estado para prover”, apontado por autores como Wacquant e Garland, citados no fim do capítulo anterior. Por outro lado, parece indubitável que a popularização do populismo penal, fenômeno descrito, por exemplo, por Gomes (2012) e Nilo Batista (s. d.), impulsiona a opinião popular (e, por conseguinte, a atividade legislativa) a uma demanda por mais punição.

³⁶ “Os dados disponibilizados pelo Anuário nos permitem afirmar que gastamos pouco diante da magnitude do problema que enfrentamos. Em termos comparativos, alocamos na segurança pública praticamente o mesmo percentual do PIB (1,29%) do verificado nos países europeus (1,3%). Entretanto, tais países possuem taxas de homicídios quase 30 vezes inferiores à taxa brasileira. [...] Conclui-se, portanto, que das áreas sociais mais reclamadas pelos brasileiros a segurança pública persiste como a menos prestigiada pelos gastos governamentais [...] Não se deve ignorar, por outro lado, [...] [que] Há deficiência de equipes técnicas qualificadas em planejamento e execução de projetos. Não é incomum a Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça receber a devolução de recursos federais por absoluta incapacidade de execução dos entes federados. Em suma, gasta-se pouco e mal na segurança pública em nosso país.” (SAPORI, 2015, pp. 60-61)

³⁷ Mais de 3 mil mortes tiveram como causa a intervenção policial, o que a torna segundo motivo mais relevante para tanto. Sobre este dado: “Estamos diante de um ‘mata-mata’ extremamente cruel, que incentiva a ideia de policial vingador, porém não oferece aos quase 700 mil policiais nada além de uma insígnia de herói quando suas de mortes em ‘combate’, que atingiram o número de 398 em 2014”. (LIMA; BUENO, 2015, p. 9)

³⁸ Nos últimos quatro anos, este tipo de despesa ficou aproximadamente no mesmo valor (ANUÁRIO, 2015, pp. 52 e segs.). Cf. com “Levantamento nacional de informações penitenciárias” (DEPEN, 2014).

Ainda para Nilo Batista (s.d.), a relação entre mídia e sistema penal seria um acontecimento do capitalismo tardio, e, portanto, atual. Com a expansão dos meios de comunicação e a notícia como produto, na medida em que o crime (e sua repressão) promove audiência, mais ele é exibido (gerando um moto contínuo que dispensa questionamentos mais profundos sobre a persecução penal). Nada parece mais panóptico³⁹ do que um poder capaz de expor a toda a sociedade um comportamento para julgamento de imediato.⁴⁰

Por fim, é importante citar Souza (2007, pp. 156-158), que, partindo do pressuposto da vinculação entre globalização e expansão do direito penal⁴¹, procurou oferecer uma compreensão desse atrelamento como tentativa oficial de afirmação do papel simbólico da criminalização, mas que resultaria precisamente na sua banalização na medida em tornar crime é a resposta primeira para tudo⁴².

Esta vulgarização da coerção vincula-se à miríade de propostas de controle em nossa sociedade que se aproximem do panoptismo. Embora seja raro ver prisões construídas mais recentemente que remetam à arquitetura do modelo original⁴³, o controle dos apenados (ou dos alvos do sistema penal) vai muito além da vigilância dentro dos muros do cárcere; câmeras, tornozeleiras eletrônicas, bancos de dados genéticos e a fiscalização da informação transmitida por aparelhos eletrônicos são exemplos de meios pelos quais se pode observar o agir de alguém por tempo indeterminado (ALMEIDA LOBO, 2015, p.). Além disso, é sempre bom

³⁹ Termo aqui usado como adjetivo.

⁴⁰ Neste sentido, tanto a exploração dos casos de grande apelo quanto os crimes “menores” exibidos pelos noticiários diários, que promovem uma grande exposição da identidade dos supostos autores dos crimes frequentemente prescindindo de qualquer condenação legal e provocando grande insatisfação (isto é, uma demanda punitiva) na sociedade civil. Estes veículos, de acordo com Nilo Batista, desempenham um papel relevante na metamorfose do direito penal.

⁴¹ Sobre sua hipótese, diz o autor: “O consumo em massa de produtos eventualmente danosos, o risco diário de vitimização de inúmeras pessoas em acidentes automobilísticos, aéreos e ferroviários, o pânico social ocasionado pela atuação do crime organizado, o terrorismo internacional, dentre outros, são fatos sobejamente ecoados pelos velozes meios de comunicação que atingem cidadãos de nossos dias. Este quadro invariavelmente leva a um sentimento coletivo de medo e anseio por prontas soluções estatais, eis que o ente público é o guardião da ordem e do controle social. Neste sentido, como forma de pronta e supostamente eficiente reação, legisladores e aplicadores do ordenamento jurídico, também no mais das vezes, optam pela resposta repressiva estatal, com o máximo vigor” (SOUZA, 2007, pp. 153-154)

⁴² Em outras palavras, a partir do momento que qualquer conduta socialmente considerada danosa (por mais controversa que tão consideração seja em sociedades de massa) é passível de criminalização, esta perde sua contundência.

⁴³ Renato Almeida Freitas conta que teve a oportunidade de conhecer todas as penitenciárias do Estado do Paraná e apenas uma tinha o formato do Panóptico (informação verbal relatada na banca pública da XVII Jornada de iniciação científica da UFPR, outubro de 2015)

lembrar que Bentham pretendia que sua invenção fosse aplicada a qualquer local em que se precise se tomar conta de um grupo – hospitais, escolas, conventos, quartéis etc. – e também não é difícil encontrar reminiscências do panoptismo nestes lugares.⁴⁴

O desvelamento dessas duas dimensões do controle e punitivismo – a abrangência (aplicação à prisão propriamente dita e instituições da sociedade civil sob as mais diversas formas) e aceitação (sua exaltação como solução para os mais diferentes problemas e o lobby em prol de sua expansão) – revelam como é essencial questionar essa realidade. Estando estas justificativas colocadas, parte-se para o ponto final deste trabalho: a revisão de argumentos críticos à punição.

⁴⁴ O formato das salas de aula e das alas de hospitais em geral, por exemplo, permite que a vigilância de um grande número de pessoas por uma única.

5. OS OBSTÁCULOS ÉTICOS DA PRISÃO (E DO CONTROLE) NA CONTEMPORANEIDADE⁴⁵

Até o presente momento, o percurso deste artigo procurou esclarecer qual a justificativa ética do ponto de vista utilitarista para a existência da prisão a partir seu surgimento na modernidade e as metamorfoses pelas quais esta justificativa passou, bem como sua afirmação para além da esfera penal como política social por meio do panoptismo.⁴⁶ Ademais, objetivou-se trazer à discussão a permanência da busca pela maior felicidade do maior número de pessoas através do “welfarismo penal”. Colocados estes pontos, o presente capítulo busca uma revisão crítica das ideias levantadas.

Para tanto, como partida, veja-se a breve revisão apresentada por Sen (2010, pp. 84 e segs.), que enumera como componentes da filosofia utilitarista clássica: a) o consequencialismo – isto é, o pressuposto de que uma decisão deve ser tomada levando-se em conta o resultado que ela deve gerar; b) o “welfarismo”, que impõe que a decisão procure otimizar a utilidade do resultado gerado pela ação; e c) o “ranking pela soma”, isto é, a regra de que a utilidade do resultado seja considerada pela soma das utilidades geradas – sem levar em conta a distribuição dessas utilidades pelos indivíduos. A injustiça, dentro desse paradigma, consistiria num resultado menos útil em relação a outro que poderia ter sido gerado. O conteúdo “utilidade” pode, conforme Bentham, ser preenchido com “felicidade” ou “prazer”, ou, numa visão mais moderna, com a satisfação dos desejos dos afetados pela decisão.

É precisamente nos pontos da lógica utilitarista mais tradicional que a primeira crítica a essa justificação da punição é apontável: ela não poderia produzir

⁴⁵ A construção desse capítulo já foi apresentada, de modo mais incipiente, em outra oportunidade (ALMEIDA LOBO, 2015). Aqui ela foi revisada e ampliada.

⁴⁶ É possível notar, de acordo com os capítulos antecedentes, que a filosofia benthaminiana concentra-se na macroética (julgamento das ações a nível social), e as primeiras críticas de último capítulo também se encontram nessa esfera. Posteriormente, com a introdução de R. M. Hare e Peter Singer, se transitará por outros níveis – microética (julgamento a nível pessoal) e até para a megaética (a nível global). (Definições apresentadas por DARDENNE, 2010).

mais dor ou infelicidade do que ela pretende coibir com seu “exemplo”. Esse argumento, um utilitarismo “negativo”, é encontrável tanto na disciplina filosófica⁴⁷ quanto na dogmática penal⁴⁸ e pode ser condensado em um princípio ético de evitabilidade da imposição de sofrimento concreto⁴⁹.

Em contrapartida, por vezes não há, absolutamente, evidência de que uma conduta criminalizada produziu, concretamente, infelicidade na sociedade ou mesmo na esfera do indivíduo por ela atingido. Uma pessoa proprietária de grande patrimônio, v. g., pode não se importar em ter determinado(s) bem(ns), mesmo que caros, furtados (e não parece demonstrável dizer que a conduta do autor neste tipo de crime produz dor em potencial para alguém além da vítima)⁵⁰. O mesmo raciocínio se aplica outros tantos outros crimes contra o patrimônio.

Complementando, Sen (2010, pp. 81 e segs.) faz outra ponderação semelhante: valores que não se traduzam exatamente em felicidade (ou prazer ou seus demais sinônimos) – como liberdade individual, cumprimento ou violação de direitos - não são levados em consideração para uma deliberação. O consequencialismo benthaminiano não considera a distribuição da utilidade, mas a utilidade total, numa lógica que torna a violação de direitos individuais viável em nome de um “saldo” felicidade coletiva.

Peluso (2007, p. 13 e segs. e p. 33) apresenta um terceiro tipo de crítica ao punitivismo do utilitarismo clássico, que propõe outro tipo de inversão utilitarista, a construção jurídica de uma ética da recompensa: ao invés de se sancionarem as ações negativas, por que não procurar premiar as ações positivas? O controle positivo configurar-se-ia, para Peluso, como um instrumento de cidadania na medida em que dá ao indivíduo maior margem de liberdade (visto que ele pode escolher

⁴⁷ Cf. com Popper (1974, p. 256) e Peluso (2007 p. 13)

⁴⁸ Cf. com Tavares (2015)

⁴⁹ Uma vez que a pena é intrinsecamente (e, portanto, intencionalmente) danosa para quem a ela é submetido. (GIAMBERARDINO, 2014, P. 55). Sobre a concretude da dor imposta pela prisão, veja-se que, no século XIX, diante da constatação de que a vida dos detentos era melhor do que a de numerosos trabalhadores fora dela, que passavam mais frio e mais fome, o que motivou críticas à época, Foucault (1999b, p. 19) questionou se seria justo que houvesse lugares piores do que prisão na sociedade fora dela. Frente a isso, percebe-se que possuir condições piores do que o mundo externo é, sim, uma característica inerente à prisão. Em outras palavras, é uma parte da punição não prevista na lei.

⁵⁰ Já trabalhado por Almeida Lobo (2014)

entre receber ou não a recompensa oferecida), ao invés de restringir uma parcela de sua autonomia, como a lei penal faz.

A partir do exposto por Peluso, também se extrai um questionamento de ordem mais macroscópica: investir recurso público na construção de prisões para procurar coibir determinados comportamentos por meio da imposição de sofrimento produziria mais felicidade do que desestimulá-los por outros meios?⁵¹

Feitas essas primeiras considerações, é possível, agora, avançar na crítica se utilizando do notável desenvolvimento que a filosofia utilitarista apresentou nas últimas décadas por meio de dois autores-chave: Richard M. Hare (1919-2002) e Peter Singer (1946-).

Estes filósofos trabalharam na versão mais recente e flexível da ética utilitarista em comparação com a clássica, o utilitarismo de preferências. Nele, se substitui o cálculo de felicidade de Bentham em troca dos interesses das partes afetadas por uma determinada decisão⁵². Essa mudança corrige uma crítica recorrente à filosofia benthaminiana, pois estabelece um comportamento objetivo no lugar de um estado mental⁵³, sendo, portanto, muito mais aplicável. Além disso, o utilitarismo de preferências transita pelos diferentes níveis da ética⁵⁴, enquanto o utilitarismo clássico concentra-se na macroética. (DARDENNE, 2010).

Também buscando demonstrar as características do utilitarismo de preferências, Vita (2007, p. 207) assevera:

“Não queremos conceder às autoridades públicas o poder discricionário de decidir sobre a distribuição de recursos escassos – e sobre

⁵¹ Se uma soma relevante é gasta para, por exemplo, reprimir o tráfico de drogas e punir os traficantes, não seria mais útil utilizar estes recursos na melhora de condições sociais das pessoas com ele envolvidas, na informação dos usuários e na recuperação dos dependentes? Cabe lembrar que, no Brasil, cerca de 1,3% do PIB é investido em segurança pública (ANUÁRIO..., 2015, pp. 52 e segs.)

⁵² Para exemplificar a diferença entre as correntes (num nível micro ético), Vita (2007, p. 206) oferece o exemplo do sujeito que, com uma enfermidade que lhe proporciona dores fortes, tem a opção de tomar um analgésico que lhe priva de sua lucidez mental. Se o faz, está tomando a melhor ação sob o ponto de vista do utilitarismo clássico (pois está promovendo seu bem-estar); se não toma o medicamento entorpecente, está promovendo a melhor ação do ponto de vista do utilitarismo de preferência, pois, a despeito da dor, está atendendo à sua vontade de se manter lúcido.

⁵³ Vita (2007, p. 202) discorda e diz que o único ponto de encontro entre as duas correntes é precisamente o fato de se apoiarem sobre estados mentais.

⁵⁴ Ver nota nº 46.

o emprego ou a abstenção do emprego da coerção coletiva de modo geral – com base no que elas acreditam que cada um de nós deveria preferir ou fazer.

O paternalismo, portanto, é o problema para o qual o utilitarismo de preferências se propõe ser a solução.

Dito isto, o autor mais relevante (embora menos popular fora dos círculos filosóficos) do utilitarismo de preferências é o inglês R. M. Hare⁵⁵. Hare cunhou dois conceitos bastante interessantes: o utilitarismo de dois níveis (pois para este filósofo a incidência da moral na decisão humana se dividia naquelas tomadas de imediato – sobre as quais pesaria a moral intuitiva, da vida cotidiana, inculcada no subconsciente do indivíduo – e aquelas tomadas mediante reflexão – sobre as quais recairia uma moral crítica; cada moral teria um propósito) e o prescritivismo universal, sua teoria ética (BONELLA, 2007, p. 133 e segs.).

Mas mais pertinente para o tema em revista é esta última formulação. Seu fundamento elementar busca eliminar as complicações relativas à natureza dos juízos de valor da esfera de decisão (se são eles objetivos ou subjetivos), na medida em que ela se baseia nas propriedades universais de uma situação, tal decisão deve poder ser repetida em todas as situações que possuam aquelas mesmas propriedades. (BONELLA, 2004, p. 136).⁵⁶

O prescritivismo universal é uma teoria que estabelece três pressupostos para a tomada de uma deliberação ética: 1) a lógica da linguagem moral (ou universalidade), isto é, conforme citado acima, que todas as situações iguais àquela em análise sejam passíveis da mesma resolução⁵⁷; 2) a imparcialidade, quer dizer,

⁵⁵ Infelizmente, este autor ainda é pouco estudado no Brasil e praticamente não possui obras traduzidas. Mas Hare pode ser considerado o autor mais relevante da corrente pois, inclusive, cunhou o termo e foi professor de Peter Singer.

⁵⁶ Por exemplo, se se diz que determinado relógio é bom – uma característica não empírica do objeto – todos os relógios com aquelas mesmas características também serão bons. Do mesmo modo, adjetivos como “correto”, “justo” e “aceitável” não são intrínsecos a determinada atitude (BONELLA, 2004, p. 136), e, se uma ação é considerada boa, todas as ações similares a ela, deveriam também poder ser consideradas boas.

⁵⁷ Neste sentido o filósofo se aproxima muito do kantismo. Ele assume isso dizendo que seu método é “uma resposta essencialmente utilitarista [...] por uma rota kantiana”. (HARE, 1989, p. 187 apud BONELLA, 2009, p. 144). Exemplificando, Hare (1963, pp. 90-91) dá como o exemplo a seguinte situação: A deve dinheiro para B, que deve dinheiro para C. A lei permite que os credores mandem devedores insolventes à prisão. Se B decidisse prender A, pouco se poderia fazer a respeito, mas se ele se perguntasse se *deveria* fazê-lo, em caso afirmativo recairia num princípio de que *o credor deve prender o devedor para receber sua dívida*, o que permitiria que C o submetesse ao mesmo tratamento, prejudicando seus próprios interesses.

que o peso atribuído aos interesses afetados por uma decisão seja o mesmo⁵⁸; 3) o utilitarismo, aqui significando a promoção ao máximo desses interesses das partes afetadas pela decisão (HARE, 1989, p. 214-215 apud BONELLA, 2007, p. 138-139).

Segundo a tese de Hare, a punição que aplicamos conforme nosso sistema penal seria indefensável do ponto de vista ético, já que ela ignora os interesses de um dos personagens afetados por um delito - a vítima não tem participação suficiente para expô-los⁵⁹. Também não abrange completamente os anseios do ofensor: é possível que ele desejasse uma forma de composição com a vítima, que também não é cogitável – o delinquente está adstrito a procurar provar sua inocência. Uma decisão que não leva em conta uma das partes envolvidas e limita de tal forma a margem de ação da outra fere todos os pressupostos elencados por Hare: está sendo parcial, pouco útil, pois deixa de otimizar os desejos dos atores, e, por conta disso, definitivamente não é dotada de universalidade.

Mas a teoria hariana foi lapidada por seu aluno Peter Singer, que pavimentou um caminho para inúmeras discussões mais profundas. No livro *Ética Prática*, um dos trabalhos mais famosos do filósofo australiano, ele se apropria da primeira tese da teoria do prescritivismo universal para cunhar um conteúdo mínimo que fundamentaria o ideal de igualdade entre os seres humanos (na verdade, entre todos os seres sencientes⁶⁰), num princípio que ele batiza de “igual consideração de interesses” (SINGER, 2002, p. 30).

Até aqui, a primeira novidade é meramente formal. Singer copiou aquilo que Hare desenvolveu (sua definição da igual consideração de interesses é que um juízo sobre a realização de determinado ato deve ser feito levando em conta as vontades daqueles que serão afetados por este ato e atribuindo-lhes o mesmo peso), mas tratou isso como o fundamento primeiro da igualdade, por considerar as demais formulações filosóficas insuficientemente abrangentes (SINGER, 2002, p. 30

⁵⁸ Isso significa se colocar no lugar dos afetados por determinada decisão para procurar identificar a preferência mais intensa. Exemplo fornecido é o do paciente que, seriamente doente no meio da noite, pede a um médico que o atenda. Há dois interesses em jogo, o do médico (continuar dormindo) e o do paciente (ser curado para não morrer). Colocando-se no lugar de cada personagem parece fácil decidir o interesse mais intenso – não morrer frente a dormir menos.

⁵⁹ Há a já citada hipótese de que ela não tenha se sentido ofendida com a conduta do autor mas há, também, a chance de que ela não deseje que o criminoso sofra a punição prevista pelo Estado, pelos mais diversos motivos.

⁶⁰ Singer se tornou popular por suas defesas de libertação animal.

e segs.).⁶¹ O filósofo também agregou uma variável circunstancial à igual consideração de interesses: a diminuição da utilidade marginal, princípio “emprestado” da economia, que impõe que um interesse possa ser priorizado em detrimento de outro para diminuir uma desigualdade material⁶².

O grande diferencial de Singer para com seu mentor, entretanto, é que ele levou a teoria ética de Hare às últimas consequências e a aplicou a questões polêmicas e/ou complexas, como o aborto, a eutanásia, a exploração animal e a pobreza mundial. Percorrendo este caminho, Singer colocou a igual consideração de interesses acima até da ordem jurídica estabelecida em determinada sociedade: se as partes não participaram da formulação das leis às quais estão submetidas e elas não atendem a suas necessidades, por vezes a violação da lei e a composição são desejáveis para “o ordenamento pacífico de uma sociedade igualitária” (SINGER, 2002, p. 317).

De fato, parece que Singer se dirigia também a administração da lei penal quando formulou essa ponderação. E, como já se procurou demonstrar nas linhas a respeito do prescritivismo universal, do modo como ela é aplicada atualmente em nosso contexto nacional está distante de atender a um ideal de igualdade no que diz respeito aos interesses considerados.

É preciso mencionar, por fim, a principal objeção ao utilitarismo de preferências – oposição que, por conseguinte, acaba atacando também as propostas de Singer: qual seria o critério para definir que grupo ou sujeito teria seus interesses subjugados em função de outrem? (VITA, 2007, p. 209). Peter Singer provavelmente responderia a essa objeção dizendo que a principal regra para estabelecer tal juízo é de que interesses que podem ser atendidos de forma a não atingirem as pretensões de outros sujeitos devem ser preteridos em relação a

⁶¹ Afirma ele que a igual consideração de interesses, dotada de imparcialidade, estaria imune ao sexismo, racismo e outras formas de discriminação por não levar em conta as características do agente na tomada de decisão.

⁶² Assim, por exemplo, se, no desabamento de um prédio, uma pessoa fica gravemente ferida e tem seus membros esmagados, enquanto outra tem ferimentos superficiais, a atitude eticamente mais viável é administrar as únicas duas doses de analgésico disponíveis ao ferido mais grave. É um raciocínio simplório no exemplo, mas Singer o estende, com elaborações, à distribuição mundial de renda, v.g.

estes.⁶³ Além disso, é possível elencar, como se disse no início do capítulo, a partir de uma inversão do ideal utilitarista clássico, um princípio de evitabilidade da dor em concreto – o interesse de se evitar uma dor que certamente será causada teria preferência sobre qualquer outro.⁶⁴

⁶³ Assim, por exemplo, o interesse de comer carne sucumbiria ao interesse dos animais em não sofrer dor, diante da possibilidade de uma alimentação humana saudável sem este ingrediente (é o exemplo que o filósofo australiano fornece em *Ética Prática*). Transpondo-o para o tema desta monografia, o interesse social de se evitar condutas consideradas danosas (pretensamente promovido por meio da construção de prisões e encarceramento) poderia ser preterido pelo interesse dos ‘alvos’ do sistema penal em se manterem livres, já que, como se disse, há meios menos problemáticos de oferecer uma tratativa para comportamentos socialmente ofensivos.

⁶⁴ Este princípio pode ir inclusive além da discussão penal. Num exemplo frequentemente levantado para se tratar do princípio da reserva do possível, questiona-se se um juiz deveria conceder um tratamento médico ou remédio caro a um paciente com uma doença rara, potencialmente esgotando recursos públicos que poderiam ser utilizados para o tratamento de diversas outras pessoas com doenças mais comuns. Se esse princípio for observado, a decisão eticamente viável será sempre a favor daquele que padece da doença rara.

6. CONCLUSÃO

Quem deu ao Estado – ou melhor, a um conjunto de profissionais, policiais, juízes etc. – a prerrogativa de punir às almas das pessoas?

Embora pareça estranha, a última parte desse questionamento é precisamente o que Foucault (2001b, p. 18) diz: “Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? [...] Pois não é mais o corpo, é a alma.”. A grande inovação do direito penal moderno seria o deslocamento dos castigos, do corpo para “o coração, o intelecto, a vontade e as disposições” (Idem).

Fato é que hoje, ao menos dois séculos depois dessa mudança, um sem número de indivíduos permanece tendo suas almas molestadas pelas penas de prisão no Brasil e no mundo. Conquanto as discussões a respeito dessa modalidade de punição tenham fervilhado quando ela se delineava, filósofos como Bentham e Beccaria apregoavam seu intuito humanizador, característica que se converteu precisamente no contrário, já que a prática ao longo das décadas seguintes escancarou esse potencial disciplinador descrito por Foucault. Não só isso, mas em sua essência a prisão é um local pior do que o lugar mais miserável de fora do contexto social na qual ela está inserida.⁶⁵

Assim, embora a pretensão desse trabalho não tenha sido apresentar uma revisão bibliográfica da totalidade das críticas existentes à prisão e ao direito oficial de punir, tampouco uma visão geral delas, tendo se concentrado somente na corrente utilitarista, é importante notar que o método empregado teve como alvo o ataque ao todo a partir da parte.

Neste sentido, procurou-se levantar argumentos que, refletindo sobre o caráter utilitarista da pena, tivessem contundência bastante para,

⁶⁵ Ver nota nº 49.

independentemente da discussão a respeito das questões retributiva da pena⁶⁶, promover a reflexão a respeito da viabilidade ética do cárcere na contemporaneidade.

É inevitável, cedo ou tarde, incluir no debate variáveis materiais - como as condições inumanas da maioria dos presídios brasileiros⁶⁷ -o que acaba fazendo com que se transite entre a ética abstrata e a ética aplicada. A despeito disso, espera-se que tenha sido possível delimitar a fronteira entre estes dois níveis, já que um dos pressupostos da investigação apresentada foi de que a punição legal não se sustentaria mesmo em termos absolutamente abstratos. Este trabalho situou-se, portanto, no abolicionismo penal enquanto abordagem.

A réplica mais ingênua para as propostas vinculadas ao abolicionismo penal costuma questionar se não se instauraria um pandemônio se as prisões fossem simplesmente extintas. Antes mesmo da resposta frequente de que os defensores do abolicionismo não procuram simplesmente demolir os cárceres com tratores e conformar-se com o vácuo hipotético que essa situação absurda geraria, mas substituir a tratativa em prática correntemente por algo que não promova tanta dor às partes envolvidas, é essencial perceber que há uma questão antecedente.

Em recente entrevista, Peter Singer afirmou que, mais importante do que procurar minimizar o sofrimento alheio é preveni-lo – “Ética não é sobre o que fazemos, é também sobre o que não fazemos” (PETER..., 2013), dissera o filósofo na ocasião. Diante disso, tão urgente quanto preocupar-se com o vazio que as penitenciárias deixariam se não mais existissem é escancarar o mal que elas causam e procurar evitá-lo de todas as formas possíveis.

Esta, sem dúvida, é também a maior dificuldade prática de propostas assim, já que a naturalização do castigo parece o ter sedimentado no nível intuitivo da moral, para utilizar o conceito de Hare. Desmitificar esse processo e inserir a problemática das condutas socialmente ofensivas, sua prevenção e as respostas a elas na esfera da moral reflexiva é essencial.

⁶⁶ É bem verdade que, conforme dito na introdução, partiu-se do pressuposto de que há produção teórica suficiente para que os argumentos retributivista não mais sejam considerados válidos.

⁶⁷ Para além de todos os dados fornecidos ao longo desta monografia, Renato Almeida Freitas Júnior definiu as instituições penitenciárias do Paraná como “depósitos de gente” (Informação verbal relatada na banca da XVII Jornada de Iniciação Científica da UFPR, outubro de 2015)

Ademais, embora o que até aqui foi exposto se inspire numa pretensão ética sobretudo preventiva em relação às violações dos interesses dos sujeitos afetados pelo sistema prisional, é inevitável considerar que, numa sociedade de massas, condutas socialmente reprováveis vão acontecer, conclusão que conduz, num passo adiante, quase que inevitavelmente para que se pense em práticas restaurativas⁶⁸. Estas também são bastante contestadas, não raro com a afirmação de que soluções não-aflitivas para as condutas hoje criminalizadas não seriam cogitáveis por não possuírem previsão legal, ou porque a inércia da pesada máquina da persecução penal oficial não o permitiria, ou ainda porque as partes não concordariam com esse tipo de tratativa.

Quanto à primeira crítica, já parecem suficientes, mais uma vez, as colocações de Peter Singer – a conduta a margem da lei (no caso, uma forma de composição extrapenal) é eticamente viável quando atender aos interesses das partes envolvidas e quando a lei lhes foi imposta.

A respeito da segunda e da terceira, é preciso lembrar o problema das uvas verdes proposto por Jon Elster (p. 109-140, apud Vita, 2007, p. 213): “Um bem, um direito ou uma oportunidade podem ser pouco valorizados por uma pessoa, ou mesmo nem sequer aparecer em sua escala de preferências, pela simples razão de que ela dificilmente pode desenvolver preferências por algo que não percebe [...]”. Possibilidades não podem ser descartadas por constituírem preferências de pessoas às quais sequer foram oferecidas.

Vê-se, portanto, que superar um modelo punitivo que vigora há séculos não é tarefa fácil, pois não permite respostas simples e tampouco há uma saída definitiva para tanto. Enrique Dussel (2007, p. 15), definindo o que seria a política, afirmou que “[...] não é exclusivamente nenhum de seus componentes, mas sim todos em conjunto. Uma casa não é só uma porta [...] Dizer que a política é um de seus componentes isoladamente é uma redação equivocada.”. Estando a prisão, como instrumento do controle social que é, inserida no campo político, também é necessário compreendê-la e vencê-la como um todo. Conforme dito na introdução, a prisão não se resume à penitenciária onde as pessoas condenadas estão

⁶⁸ Preferiu-se a utilização desse termo, a despeito da variedade de denominações de alternativas às penas aflitivas, por se entender que ele representa bem o conceito de satisfação dos interesses das partes envolvidas.

depositadas; atinge também, também, a vítima ignorada ao longo do processo, a família desta e do apenado ou apenada, e o contexto social no qual todos estes personagens estão inseridos. Já chegou a hora de levar seus interesses em conta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA LOBO, G. L. *Ética e prisão sob os prismas dos utilitarismos clássico e contemporâneo*. No prelo, 2015.

_____. Um pé libertário na porta da ética liberal. *Anais da XVI Jornada de Iniciação Científica*, Curitiba, Vol. 1, nº 5, p. 135-148. 2014. Disponível em <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Gerso-Lobo-classificado-em-6%C2%BA-lugar.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

ANUÁRIO Brasileiro de segurança pública 2015. São Paulo, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2014. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf. Acesso em 08 nov. 2015.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed.

BARATTA, A. Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias. Tradução: André Ribeiro Giamberardino. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, Nº 53, P. 11-31. 2011.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. 2ª edição, julho de 2012.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. (Versão digital). Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2015.

BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. (Versão digital). S.l., S.d. Disponível em <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2015. Batoche Books: Kitchener, 2000.

_____. *O panóptico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica. 2008.

BONELLA, A. E. Prescritivismo Universal e Utilitarismo. In: CARVALHO, M. C. M. de (Org.) *Utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: EDUFSC, 2007.

BRASIL passa a Rússia e tem a terceira maior população carcerária do mundo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>. Acesso em 10 de junho de 2015.

CARVALHO, S. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. *O papel histórico do Malleus Maleficarum*. 12 de fevereiro de 2013. Disponível em <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2013/02/o-papel-historico-do-malleus-maleficarum.html>. Acesso em 19 de out. de 2015

DARDENNE, E. From Jeremy Bentham to Peter Singer. *Revue d'études benthamiennes* [online], 7, 2010. Disponível em <http://etudes-benthamiennes.revues.org/204>. Acesso em 8 de nov. de 2015

DIAS, M. C. L. C. *Uma reconstrução racional da concepção utilitarista de Bentham*. 2007, 214 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DUSSEL, E. *20 teses de política*. São Paulo: Expressão Popular. 2007

FREITAS JÚNIOR, R. A. *XVI Jornada de Iniciação Científica do Curso de Direito da UFPR*. Curitiba, 2015. Informação verbal.

FOUCAULT, M., *A verdade e as formas jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

GARCIA, B. P. J. *Bentham: Política y derecho em los origenes del estado constitucional*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1988.

GIAMBERARDINO, A. R. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. 2014, 238 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. [O espetáculo do populismo penal midiático](#). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3283, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22115>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

HULSMAN, L. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório mundial 2014: Brasil*. 2014. Disponível em <https://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/259992>. Acesso em 25 de nov. de 2015

MELOSSI, D. e PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan. 2006.

MAILLÉ, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 3ª Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MILL, J. S. *Utilitarianism* (Versão digital). S.l., S.d. Disponível em <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/mill1863.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

OLIVEIRA, F. A. *Os modelos penitenciários no século XIX*. Disponível em <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-6-a-1.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2015

OTAVIANI, M. C. Jeremy Bentham: Prazer e dor – como mensurá-los? *Revista História da Ciência e Ensino*. São Paulo, nº 1, 2010. Disponível em

<http://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/view/2906/2030>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

PAVARINI, M. *Criminología y orden burguês*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2003.

PELUSO, L. A. A propósito dos fundamentos de uma ética da recompensa. In: CARVALHO, M. C. M. de. (Org.) *Utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: EDUFSC, 2007

PETER Singer: “Ética não é sobre o que fazemos, é também sobre o que não fazemos”. 2013. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/frivoloeprofundo/2013/07/26/peter-singer-etica-nao-e-so-sobre-o-que-fazemos-e-tambem-sobre-o-que-nao-fazemos/>. Acesso em 09 de nov. de 2015

POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Ed. Itatiaia: São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. 394 p.

ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1986. 361 p.

RUSSEL, B. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Tradução, Laura Alves e Aurélio Rebello – Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. 463 p.

SAAVEDRA, G. A. Criminologia do Reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, R. M. C. (Org.). *Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

SANTOS, J. C. D. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lúmen Juris. 2008. 3 ed.

SINGER, P. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. 3 ed.

SPIERENBURG, P. The body and the State. In: ROTHMAN, D.; MORRIS, N. *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*. Oxford: Oxford University Press, 1995; 489 pp.

TAVARES, J. Parecer anexo à ADPF-347. IN: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347*. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/06/ADPF-347.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

TSAI, T.; SCOMMEGNA, P. *U.S. Has World's Highest Incarceration Rate*. S.I.: 2012. Disponível em <<http://www.prb.org/Publications/Articles/2012/us-incarceration.aspx>>. Acesso em 28 de setembro de 2015

VELASCO, C., D'AGOSTINO, R. E REIS. *Número de presos dobra em 10 anos e passo dos 600 mil no país*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acesso em 11 de out de 2015.

VITA, A. O que há de errado com o utilitarismo de preferências? In: CARVALHO, M. C. M. de. (Org.) *Utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: EDUFSC, 2007

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan. 2001.

ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan. 2003

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: volume 1: parte geral. 9 ed. Ver. E atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

WACQUANT, L. *The penalisation of poverty and the rise of neo-liberalism*. European Journal on Criminal Policy and Research 9: 401–412, 2001. Disponível em <http://www.loicwacquant.net/assets/Papers/PENALISAPOVNEOLIB-EJPPR.pdf>. Acesso em 19 de out de 2015.